

“LA JURISDICCIÓN SOCIAL ANTE EL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS: CUESTIONES ACTUALES”

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano
Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- NORMATIVA DE APLICACIÓN. 1ª) Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre. 2ª) RD 63/1995, de 20 de enero. 3ª) RD 1030/2006, de 15 de septiembre. **III.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL REINTEGRO.** 1.- Asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. 1º) El carácter vital de la asistencia. 2º) El carácter urgente e inmediato de la asistencia. 3º) La imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios públicos de salud. 4º) La utilización de los servicios no puede resultar desviada o abusiva. 2.- Denegación injustificada de asistencia sanitaria. 3.- Error de diagnóstico. 4.- Listas de espera. 5.- Técnicas avanzadas. **IV.- COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTOS ASUNTOS.**

I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud, indicando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Es por esto que la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, a partir de la vigencia constitucional y especialmente de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya no ha de ser entendida como un puro mecanismo de aseguramiento público, sino como un servicio público esencial de obligatoria dispensa por los poderes públicos, si bien su concreto contenido y beneficiarios habrán de ser precisados, conforme al artículo 53.3 de la Constitución, por las Leyes que desarrollen el texto constitucional¹.

Ahora bien, el legislador español ha optado por actualizar este servicio a través de sus propios recursos y estructuras, constituyendo un Sistema Nacional de Salud de carácter público, en el que se integran y coordinan las competencias de la Administración General del Estado y las propias de las Comunidades Autónomas. Las administraciones competentes están obligadas a prestar este servicio a través de sus propios medios o, en su caso, concertados, de forma que el titular del derecho no puede dirigirse a instituciones sanitarias distintas a las previstas para obtener las correspondientes prestaciones, siendo a su exclusivo cargo los gastos que se le originen cuando así lo haga, y de este modo, el artículo 102.3 de la LGSS de 1974, precepto en vigor al no haber sido derogado, establece que *las Entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan oca-*

¹ SSTSJ La Rioja 11 octubre 2006 (Rec. 295/2006); 7 marzo 2007 (AS 2007,3332); STSJ Castilla y León, Vallado-

lid 5 junio 2006 (RJ 2006/968), STSJ Castilla y León, Burgos 11 diciembre de 2009 (AS 2010/512), entre otras.

sionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen.

El objeto del presente trabajo es efectuar una serie de reflexiones sobre el alcance de esta previsión y más concretamente, analizar aquellos supuestos en los que el beneficiario de la Seguridad Social, pese a acudir a instituciones ajenas al sistema público de salud, puede solicitar y obtener el reintegro de los gastos que tal asistencia sanitaria le ha ocasionado.

Esta cuestión, sometida a constantes variaciones en sus normas reguladoras², ha determinado la existencia de una gran litigiosidad en el orden social de la jurisdicción, siendo lo cierto que en muchas ocasiones han sido los tribunales de justicia los encargados de perfilar el contenido del derecho al reintegro de los mencionados gastos.

El correcto análisis de la cuestión que se plantea, hace preciso examinar el alcance de los cambios normativos producidos sobre esta materia, determinar los principios que les sirvieron de base, así como profundizar en el contenido de los requisitos que son exigibles para viabilizar el reintegro, en el entendimiento de que el reintegro de los gastos sanitarios sólo puede ser admitido en supuestos excepcionales.

El gran casuismo existente al respecto hace necesario el análisis caso por caso de las cuestiones sometidas a enjuiciamiento, siendo en ocasiones sumamente difícil aplicar criterios incuestionados a la resolución del asunto que se plantea ante el juzgado o tribunal.

No se pretende en este análisis un examen exhaustivo de toda la problemática que el reintegro de gastos pueda plantear, debiéndose dejar a un lado las cuestiones derivadas de la solicitud de reembolso cuando la asistencia sanitaria se recibe en el extranjero, bien en un Estado extracomunitario o bien al amparo de la normativa comunitaria, siendo la intención de este trabajo circunscribir el análisis al estudio del reintegro de gastos sanitarios conforme al derecho nacional y por tanto conforme a la interpretación que de sus normas hacen sus ór-

ganos jurisdiccionales y más concretamente los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social.

II.- NORMATIVA DE APLICACIÓN

Como ya he tenido ocasión de exponer con anterioridad, la Constitución española reconoce en su artículo 43, *el derecho a la protección de la Salud*, atribuyendo a los poderes públicos la responsabilidad de la gestión de tal protección. Este derecho, se incluye entre los principios rectores de la política social y económica, y como tales principios vinculan a los órganos judiciales, motivo por el cual las resoluciones de los juzgados y tribunales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE.³

La remisión que el texto constitucional hace a la ley para el establecimiento de *los derechos y deberes de todos al respecto*, posibilitó la publicación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo objeto no fue otro que la regulación general de todas las acciones que permitieran hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución.

El establecimiento de un Sistema Nacional de Salud basado en su carácter público, gratuito, universal, orientado a la superación de desequilibrios territoriales y sociales, y por tanto igualitario, debe conectarse con la necesidad de dispensar una prestación de asistencia sanitaria que, basada en los principios de eficacia, economía y de racionalización de los recursos sanitarios, pueda ofertar al ciudadano una protección que en el plano temporal y en lo referente a su contenido asistencial, sea cada vez más amplia y de mayor calidad.

El hecho de que el Sistema Nacional de Salud, asuma el derecho a la asistencia sanitaria, no lleva consigo que las prestaciones que deban dispensarse sean ilimitadas, o que las mismas no se encuentren sometidas a normas de racionalización que permitan su mantenimiento y mejora. La cobertura sanitaria, si quiere responder a los principios antes enunciados, debe limitar el coste de los servicios

² Art. 102.3 LGSS/74; Art. 17 Ley 14/1986; Art. 18 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre; Art. 5.3 RD 63/1995, de 20 de enero; Art. 4.3 RD 1030/2006, de 15 de septiembre.

³ SSTC 82/1990 de 4 mayo (RTC 1990/82); 203/2000 de 24 julio (RTC 2000/203).

que presta para intentar dispensar una asistencia de calidad, igualitaria y que sea asumible económicamente, lo que lleva consigo que el derecho a la asistencia sanitaria sólo pueda abarcar aquellas prestaciones que se contemplen en las normas correspondientes y fundamentalmente las establecidas en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Debemos partir, por tanto, de la existencia de un derecho genérico a la protección de la salud, dentro del cual se incluye el derecho a una concreta prestación de asistencia sanitaria, prestación que deben obtenerse de los medios asignados por el sistema público de salud en los términos previstos por la legislación vigente.

En la medida en que los medios públicos con los que se hacen efectivas tales prestaciones por las administraciones son por necesidad limitados y vienen conformados por las decisiones políticas y presupuestarias que se van adoptando por los poderes públicos a lo largo del tiempo, existe la tendencia a pensar que el concreto contenido de ese derecho viene delimitado por la disponibilidad y suficiencia de tales medios, pero esto no es así, puesto que el contenido del derecho a prestaciones de asistencia sanitaria viene determinado por las normas jurídicas que desarrollan el derecho a la protección de la salud, -en concreto por la Ley General de Sanidad y por las normas de ordenación y cartera de prestaciones a las que luego me referiré-, y no por la real posibilidad de ejecutar la prestación a través de los medios públicos.⁴

Así pues, el beneficiario de la asistencia sanitaria pública debe recibir esta a través de las instituciones públicas correspondientes y si el titular del derecho acude a servicios sanitarios ajenos al sistema, debe asumir su coste, pudiendo reintegrarse el abono efectuado sólo en los casos excepcionales recogidos en la normativa de aplicación.

No existe una opción del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública o la privada. El reintegro de gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud es, como ya he mencionado, excepcional, ya que la Seguridad Social no reconoce el derecho de los beneficiarios a optar entre el sistema público o el privado, sino que quiere diferenciar entre necesidad y deseo. La

satisfacción de los deseos, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos⁵. Por ello, la regulación normativa referente a la ordenación de prestaciones sanitarias de dicho Sistema, determina restrictivamente los casos en los que procederá el reintegro de gastos por servicios médicos privados. Es lo que sucede, como veremos más adelante, cuando se precise asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, y ésta se haya prestado por servicios ajenos a la Seguridad Social. En estos casos, el reintegro procederá una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios propios y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

De esta manera, y como estableció el artículo 17 de la Ley 14/1986, *las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias*. Esta previsión, recogida igualmente en el artículo 102.3 LGSS/74, sirve para recordar que la asistencia sanitaria pública sólo se facilitará en los centros del Sistema Nacional de Salud propios o concertados, siendo obligación de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social la utilización de los servicios asignados, con la extensión y límites de las prestaciones establecidas en la cartera de servicios normativamente establecida.

Así pues, y siendo cierto que, aun de modo excepcional, el beneficiario que acude a servicios sanitarios ajenos a la sanidad pública puede no hacerse cargo de los gastos que tal asistencia lleva consigo, es necesario traer a colación las normas que en nuestro derecho han posibilitado ese reintegro de gastos médicos, para así establecer y dejar constancia de la evolución y variación de los requisitos legalmente exigibles para posibilitar el

⁴ STSJ La Rioja 22 mayo 2007 (AS 2007/3412).

⁵ STS 20 marzo 1986 (RJ 1986/1364); SSTCT 6 marzo 1989, 25 febrero 1989.

mencionado reintegro. Estas normas son las siguientes:

1º Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Este Decreto recogía en su artículo 18 la regulación de los supuestos de asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social. El artículo mencionado, redactado mediante el Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre, estableció en su párrafo 1º que *cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios distintos de los que le hayan sido designados, las Entidades obligadas a prestar la asistencia no abonarán los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los casos previstos en los números tres y cuatro de este artículo.*

El punto 3º del precepto disponía que, *en los supuestos en que las Entidades a que se refiere el número anterior denegasen injustificadamente la prestación de la asistencia sanitaria debida podrá reclamarse el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían, siempre que se hubiera notificado en el plazo de quince días naturales siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarse, razonar la petición y justificar los gastos efectuados.* Por su parte el párrafo 4º del artículo establecía que *cuando la utilización de servicios médicos distintos de los asignados por la Seguridad Social haya sido debida a una asistencia urgente de carácter vital, el beneficiario podrá formular ante la Entidad obligada a prestarle asistencia sanitaria la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados, que será acordado por esta si de la oportuna información que se realice al efecto resultara la procedencia del mismo.*

La norma, en sus distintos apartados, dejaba constancia de los requisitos necesarios para que el beneficiario pudiera obtener el reintegro de los gastos asistenciales producidos con motivo de la utilización de servicios distintos a los asignados, debiendo destacarse entre ellos, la necesidad de que la Entidad gestora estuviera obligada a prestar la asistencia obtenida al margen de sus servicios; que el beneficiario acudiera a esos servicios ajenos por decisión propia o de sus familiares; que la de-

negación de asistencia por parte de la Entidad gestora fuera injustificada; que la prestación a cargo de entidades sanitarias ajenas a las correspondientes fuera notificada en el plazo de los quince días siguientes al comienzo de aquella; que se razonara la petición y que se justificara el gasto reclamado, a lo que había que añadir el requisito previo de que la asistencia hubiera sido denegada por la Entidad gestora correspondiente antes de haber sido dispensada, como así se desprende del contenido del apartado 2º del artículo 18, conforme al cual, *cuando el beneficiario no obtenga la asistencia sanitaria que hubiere solicitado en forma y tiempo oportunos, deberá acudir a la Entidad gestora, Mutua Patronal o empresa colaboradora, a fin de que aquella le sea prestada.*

Además de lo expuesto, la norma contemplaba el supuesto de reintegro de gastos en los casos de asistencia urgente de carácter vital, condicionando el reconocimiento del reintegro a la realización de una información adecuada de la que se desprendera su procedencia.

La regulación, excesivamente rigorista, exigía el cumplimiento de requisitos formales concretos tanto en su solicitud de reintegro como en la previa petición de asistencia a la Entidad gestora, estableciendo un plazo breve en exceso para llevar a cabo la reclamación, reclamación que no podía salir adelante sin la prueba del cumplimiento de las exigencias formales y de la acreditación del gasto llevado a cabo en entidades distintas a las establecidas.

El precepto sólo contemplaba para provocar el reintegro de gastos los casos de denegación injustificada de asistencia y de asistencia urgente de carácter vital, si bien ya desde entonces la jurisprudencia vino admitiendo, en una interpretación amplia de la norma, los casos en los que la asistencia fuera provocada por un error de diagnóstico que pusiera en peligro la curación del beneficiario.

2º RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Esta norma, después de exponer en el apartado 1 de su artículo 5º que *la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y demás disposiciones que*

resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación, dedica su apartado 3 a regular el reintegro de gastos, estableciendo que *en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.*

La Disposición Derogatoria Única del RD dejó sin efecto, entre otras disposiciones, la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2766/1967, así como el Decreto 2575/73, de 14 de septiembre, por el que se había modificado el artículo 18 de la primera norma citada, siendo la previsión normativa anterior sustituida por el contenido del artículo 5.3 antes transcrito.

De la lectura del precepto parece inferirse que el reembolso de los gastos derivados del hecho de acudir a la sanidad privada se restringe a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, condicionando su concesión a la comprobación de que no pudieron ser utilizados los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud y de que la conducta del beneficiario no pueda ser considerada abusiva.

La nueva normativa no condiciona el reembolso de las cantidades abonadas a la previa denegación de la asistencia sanitaria por la Entidad responsable, desapareciendo, al menos formalmente, la posibilidad de que el reintegro de gastos se produjera por una denegación injustificada de asistencia. Por otro lado, sólo se permite acudir a la sanidad privada si no se pudieron utilizar los servicios públicos -hecho este que debe ser objeto de una adecuada comprobación previa-, y se pone especial acento en la necesidad de comprobar también que la actuación del beneficiario no supone un comportamiento abusivo o fraudulento.

La regulación contenida en el RD resulta ser menos exigente en lo relativo a los requisitos formales requeridos, lo que no supone que se omita cualquier tipo de procedimiento ya que este será necesario, no sólo para que el beneficiario pueda encauzar la petición de reembolso, sino también para que puedan acreditarse los requisitos que se

encarga de solicitar la norma y para que la Entidad correspondiente pueda dictar la resolución que permita o deniegue el reembolso de gastos.

El reintegro de gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud sigue siendo en esta regulación excepcional, sin que la Seguridad Social reconozca el derecho de los beneficiarios a optar entre el sistema público o el privado, debiéndose diferenciar entre necesidad y deseo. La satisfacción de los deseos, como he tenido ocasión de exponer anteriormente, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos. Por ello, el artículo 5.3 del RD 63/1995 de 20 de enero, sucesor de la normativa contenida en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, siguió determinando restrictivamente los casos en los que procedía el reintegro de gastos por servicios médicos privados.

3ª RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su actualización.

El objeto de este RD, según se desprende de su articulado, es establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario y fijar las bases del procedimiento para la actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, todo ello con la finalidad de garantizar la equidad y la accesibilidad a una atención sanitaria adecuada en el Sistema Nacional de Salud.

El RD, como se recoge en su Disposición Derogatoria, deja sin efecto el RD 63/1995, de 20 de enero, sustituyéndolo a los efectos de la regulación de los supuestos de reintegro de gastos médicos.

En la norma, después de definir la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, de determinar quienes son los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a través de la cartera de servicios comunes contemplada, y de establecer los requisitos de acceso a la cartera, dedica su artículo 4 a la contemplación del *personal y centros autorizados*, regu-

lando el reintegro de gastos en su apartado 3, según el cual, *la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero.*

De nuevo el reintegro de gastos se configura como un supuesto excepcional, siendo precisa la acreditación de diversos requisitos formales y materiales.

La norma recuerda que la cartera de servicios comunes no se va a facilitar por centros o establecimientos distintos a los integrados en el Sistema Nacional de Salud, exponiendo como única excepción, la situación de riesgo vital para la que se exige a su vez la cumplida justificación de la imposibilidad de utilizar los medios y servicios sanitarios asignados por el Sistema Nacional de Salud.

La nueva regulación, coincide con la anterior en el hecho de no contemplar la denegación de asistencia como causa para el reintegro, y deja claro que el reembolso de los gastos lo será respecto de aquellas prestaciones contempladas por el Servicio Nacional de Salud y que hubieran podido obtenerse de conformidad con la cartera de servicios aprobada. Restringe el reembolso a los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, a que mediante el procedimiento correspondiente se compruebe que no pudieron utilizarse los servicios asignados y que la actuación de quien solicita el reembolso no sea abusiva.

Como analizaré en apartados posteriores los conceptos de urgencia, inmediatez y carácter vital, han sido y siguen siendo objeto de interpretaciones judiciales diversas e incluso en ocasiones encontradas, lo que unido a la enorme casuística existen-

te al respecto, hace que esta cuestión, y todas aquellas que de una u otra forma se relacionan con esta, puedan considerarse afectas a una especial incertidumbre interpretativa.

De todas formas, la interpretación de las normas que hasta ahora han regulado el reembolso de los gastos derivados del hecho de acudir a la medicina privada, debe partir de un punto incuestionado e incuestionable como es, que el Sistema Nacional de Salud debe atenerse a unos principios mínimos de actuación y funcionamiento, debe respetar los márgenes impuestos por la propia limitación de los recursos con los que cuenta, debe garantizar la eficacia y la igualdad de los servicios, y no debe poner en riesgo la estabilidad financiera del sistema, pues caso de producirse un desequilibrio en este ámbito se posibilitaría, no sólo un reparto inadecuado de los recursos, sino incluso la propia desaparición del sistema.

La asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten, por el hecho de llevar a cabo la solicitud⁶.

III.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL REINTEGRO

1.- Asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital

Como he tenido ocasión de referir en el apartado anterior, la actual regulación del reintegro de gastos médicos establece, al menos formalmente, que los únicos casos de los cuales puede derivarse el reembolso de gastos son los correspondientes a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Efectivamente, el artículo 4.3 del RD 1030/2006, al igual que el artículo 5.3 del RD 63/1995, de 20 de enero, al que aquel reemplazó, y el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, restringe el derecho de los beneficiarios al resarcimiento de los gastos médicos satisfe-

⁶ STS 20 octubre 2003 (RJ 2004/502) y 20 marzo 2004.

chos en el ámbito de la medicina privada, a las situaciones de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, no contemplando como situaciones susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción de reintegro, las de denegación injustificada de asistencia, que sí eran aludidas en el artículo 18 del Decreto 2766/1967, derogado por el RD 63/1995. Estas figuras, aunque conceptualmente diferenciadas, participan en ocasiones de características comunes que se entremezclan. Los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura⁷, lo que dificulta su análisis y la subsunción del caso en la norma.

Pues bien, para que proceda la admisión del reintegro de gastos por considerar la presencia de una situación de urgencia inmediata y carácter vital, se exigen cuatro requisitos⁸. Los dos primeros positivos, los dos restantes, negativos. Son los siguientes:

1º) El carácter vital de la asistencia. Expresión que no se reduce únicamente a situaciones de vida o muerte o que comporten un peligro de riesgo para la vida del enfermo. Al contrario, comprende también la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona o la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo.

A este respecto, y en relación al concepto de «urgencia vital», la Sala Cuarta del TS⁹ ya ha señalado que siendo dos las acepciones que el término «vital» tiene en el DRAE «perteneciente o relativo a la vida»; y «de suma importancia o trascendencia», el problema interpretativo que presenta la norma de aplicación consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona, conclusión esta última que, conforme a la doctrina del Alto Tribunal es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera

acepción, así lo hubiera indicado -por ejemplo, con la expresión «peligro inminente de muerte»-, de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones -«suma importancia o trascendencia»-, indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes, máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud, artículo 43.1 CE, no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa¹⁰.

Por lo tanto, el riesgo característico de la urgencia indicada, aun debiendo ser objetivo y contrastado¹¹, no tiene por qué referirse de modo estricto o exclusivo al bien extremo de la vida, amenazando con su extinción, maximalismo inadmisibles por contrario no sólo al propio alcance del concepto, sino además a las realidades precisamente vitales del concreto marco existencial en que el juicio se vierte, del que no puede éste prescindir, sin caer en el abstraccionismo prohibido por el artículo 3.1 del Código civil, de cuyo mandato se sigue la necesidad de considerar aquí, junto con el riesgo de muerte, todos aquellos en que se comprometen valores vitales del individuo¹².

Así pues, si bien no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extrema y que se caracteriza porque en ella está en peligro la vida del afectado, también en términos menos graves, se aprecia la urgencia vital ante la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo o que provoque la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. La integridad moral queda así incluida en el término «vital», siendo precisa, por tanto, una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo¹³.

2º) El carácter urgente e inmediato de la asistencia. Circunstancia que significa que la demora en el tratamiento supone o lleva consigo una intensificación en el riesgo padecido por el enfermo. Como he expuesto anteriormente, no toda urgencia

⁷ STS 4 julio 2007 (RJ 2008/694), y 16 noviembre 2009 (ROJ 8229/2009).

⁸ SSTS 20 octubre 2003 (RJ 2004/502) y 19 diciembre 2003 (RJ 2004/2579).

⁹ STS 4 julio 2007 (RJ 2008/694).

¹⁰ STS 20 octubre 2003 (rcud. 3042/2002).

¹¹ SSTS 22 octubre 1987; 16 febrero 1988; 14 diciembre 1988; 1 julio 1991; o 31 mayo 1995.

¹² STSJ Asturias 16 noviembre 2001 (JUR 2002/1197).

¹³ SSTSJ La Rioja 11 enero 2006 (AS 2006/564) y de 7 julio 2007 (AS 2007/3332).

es de carácter vital, sino sólo aquella que reviste una mayor intensidad y por eso, la asistencia sanitaria requerida debe ser inaplazable, apremiante e imprescindible. Ahora bien, la asistencia urgente no se define por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esta urgencia lleve consigo la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social¹⁴. Este requisito, incluye, por consiguiente, la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado¹⁵. Es más, el Tribunal Supremo estima que la urgencia implica la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos¹⁶.

El riesgo debe ser inesperado, imprevisible, como un accidente o la aparición súbita de un cuadro clínico que requiera de una inmediata atención¹⁷, debiendo existir perentoriedad o premura en la actuación de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física si ha de estarse a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social. Perentoriedad es, en consecuencia, la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente y que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos, de modo que resulte ineludible acudir al centro más cercano de los adecuados¹⁸.

3º) La imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios públicos de salud. Este requisito, claramente relacionado con el anterior, implica que o bien no es posible recurrir a los citados servicios o bien resulta extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente. En concreto, comprende

supuestos en los que la necesidad de asistencia es tan apremiante que no admite retardo alguno, de modo que se carece de tiempo para acudir al servicio de salud público por circunstancias tales como su lejanía, la tardanza en la prestación del servicio o el hecho de que tal servicio no esté en condiciones de prestarla. El requisito exige, además de la situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija acción terapéutica inmediata, que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social¹⁹.

4º) La utilización de los servicios no puede resultar desviada o abusiva, esto es, debe acreditarse que el paciente no acudió a los servicios ajenos a la sanidad pública de forma caprichosa e irrazonable.

La doctrina hasta ahora referida, emanada de la Sala Cuarta del TS, es asumida de manera general, y no puede ser de otro modo, por las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, definiendo la urgencia vital como la existencia de un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir. De tal doctrina se desprende que la expresión urgencia vital no debe limitarse a aquellos casos en que se halle en peligro la propia vida, sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física y siempre que exista la imposibilidad de resolverlo con la misma urgencia por los servicios médicos que a tal fin tiene establecidos la Entidad Gestora. La expresión «urgencia vital» implica por tanto perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que, cualquier demora determina grave peligro para la integridad del paciente con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial²⁰.

2.- Denegación injustificada de asistencia sanitaria

Como he tenido ocasión de apuntar previamente, la actual regulación de los supuestos en los que

¹⁴ STS 25 octubre 1999 (RJ 1999/509).

¹⁵ SSTs 25 octubre 1999 (RJ 1999/7835); 25 septiembre 1986 (RJ 1986/5176); 31 octubre 1988 (RJ 1988/9103); 13 octubre 1994; 30 noviembre 1994; 8 febrero 1995 (RJ 1995/788); 21 diciembre 1995 (RJ 1996/3183); 8 marzo 1996 (RJ 1996/1979); 7 julio 1996 (RJ 1996/7496).

¹⁶ STS 16 enero 1980 (RJ 1980/14).

¹⁷ SSTs 11 marzo 1986 (RJ 1986\1301); 15 enero 1987 (RJ 1987\286); 9 junio 1988 (RJ 1988\5266); 25 octubre 1999 (RJ 1999/7835).

¹⁸ SSTs 15 enero 1987 y 1 julio 1991.

¹⁹ STS 4 junio 1986 (RJ 1986\3466).

²⁰ STSJ Castilla La Mancha 18 septiembre de 2009 (AS 2009/2471); STSJ Canarias 29 enero 2009 (AS 2009/1677); TSJ Asturias 27 marzo 2009 (AS 2009/1603); TSJ Madrid 19 enero 2009 (AS 2009/930), entre otras muchas.

cabe acceder al reintegro de gastos médicos, limita esta posibilidad a los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. El artículo 4.3 del RD 1030/2006, como ocurriera con el artículo 5.3 del RD 63/1995 contempla, al menos formalmente, como único supuesto de acceso al reembolso de gastos por acudir a la medicina privada, el de encontrarse el beneficiario en situación de urgencia vital. La actual regulación mantiene en este ámbito una previsión muy semejante a la contenida en la ordenación normativa inmediatamente anterior, en donde los supuestos de denegación injustificada de asistencia, contemplados como supuestos que daban lugar al reintegro en el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967, han dejado de conformar una causa independiente de reintegro de gastos.

Ante la desaparición formal de la denegación de asistencia, como causa válida para solicitar y conseguir el reintegro, cabe preguntarse si, pese a ello, persiste esta posibilidad o si, por el contrario, la actual regulación impide la alegación de esta razón como motivo para el reembolso de gastos. A favor de la tesis que considera que la norma en vigor restringe los supuestos de reintegro a los casos expresamente establecidos, puede afirmarse que la regulación normativa así lo ha querido y que esa voluntad no sólo quedó plasmada en el RD 63/1995, sino que fue nuevamente reproducida en la regulación contenida en el RD 1030/2006. Si la anterior previsión -artículo 18.3 del Decreto 2766/1967- expresamente recogía los supuestos de denegación injustificada de asistencia como causa para el reintegro y esta causa se ha eliminado en las dos regulaciones posteriores, puede aseverarse que lo pretendido por la norma ha sido una reducción de los supuestos que dan lugar al reintegro, ciñéndolos a los que en ella se plasman. Por el contrario, una interpretación amplia del precepto permite incluir los casos de denegación injustificada de asistencia como causa para solicitar el reintegro superando una interpretación meramente literal del mismo y más acorde con la amplia regulación normativa referida al derecho a una asistencia sanitaria adecuada.

La doctrina judicial mayoritaria ha venido entendiendo que el cambio normativo producido no debe afectar a una asistencia sanitaria que debe seguir prestándose conforme a su extensión y características tradicionales.

El problema interpretativo provocado por la sustitución de la previsión del artículo 18 del De-

creto 2766/1967, por el artículo 5.3 del RD 63/1995 y posteriormente por el artículo 4.3 del RD 1030/2006, en lo atinente a la desaparición de la mención expresa a la denegación indebida de asistencia como causa para el reintegro, fue abordado por la Sala de lo Social del TS, en el sentido de considerar que, si bien es cierto que el cambio ha podido ser interpretado como una restricción de los supuestos de reintegro de gastos, que quedarían limitados a los de urgencia vital, no es menos cierto que tal interpretación no debe considerarse correcta. El Alto Tribunal muestra su oposición tanto a una interpretación meramente literal del Real Decreto 63/1995, como a la exclusión del supuesto de denegación indebida de asistencia (incluyendo el error de diagnóstico) del derecho al reintegro de gastos²¹.

Pues bien, hemos tenido ocasión de recordar en apartados anteriores que los supuestos de urgencia vital y de denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura. Este hecho permite afirmar la posibilidad de incluir los casos de denegación injustificada de asistencia en el supuesto legal actualmente en vigor de urgencia vital siempre que concurra, junto a la denegación de asistencia, una necesidad de atención urgente, inmediata y de carácter vital.

De este modo, el derecho al reintegro de gastos médicos por acudir a la medicina privada existe en los supuestos de denegación injustificada de asistencia sanitaria, si tal denegación coloca al beneficiario en una situación de urgencia de aquellas a las que me he referido en apartados anteriores. Por ello, para dar lugar al reembolso de gastos deberá acreditarse la denegación de asistencia, que tal denegación pueda calificarse de injustificada, que por tal causa la situación del beneficiario pueda encuadrarse en parámetros de urgencia vital que se recogen en la norma de aplicación, y que la actuación del beneficiario no pueda considerarse desviada o abusiva.

Muy gráficamente algún tribunal ha manifestado que el antiguo supuesto de reintegro por denegación injustificada sigue existiendo, aunque

²¹ STS 8 noviembre 1999 (RJ 1999/9416); TSJ La Rioja 22 julio 2007 (AS 2007/3412).

haya sido "olvidado" por el RD 63/1995²², reconociendo el derecho al reintegro en los casos de demora excesiva de la asistencia por los servicios públicos unida a una situación de urgencia vital.

Así pues, la denegación de asistencia sanitaria continúa siendo una hipótesis que justifica la imputación a la Administración competente de la responsabilidad de reintegrar el gasto ocasionado como consecuencia de la prestación asistencial dada en el ámbito privado ante la necesidad de colmar aquella inasistencia por parte del Sistema Público de Salud y así tiene que ser, ya que el RD 63/1995, de 20 de enero, y la actual regulación contenida en el artículo 4.3 RD 1030/2006, no puede ser entendida ni interpretada al margen del reconocimiento constitucional del derecho a la salud y del deber público de proteger ese bien mediante las prestaciones y servicios necesarios, deber que comprende, también, la facilitación de una asistencia sanitaria efectiva cuando la misma se encuentre objetivamente justificada, así como razonablemente eficiente, entendido ello como prestación sanitaria atemperada a la *lex artis*, acomodada a las posibilidades y recursos de toda índole disponibles y ajustada a la específica realidad clinicopatológica objeto de abordaje²³.

De este modo, ha sido reconocido el derecho al reintegro de gastos cuando estos se han ocasionado por acudir el beneficiario a la medicina privada tras una demora considerable en el tratamiento solicitado o prescrito; por la demora en el tratamiento tras un diagnóstico concreto; por el retraso en la respuesta a una solicitud concreta de asistencia; por haberse producido un diagnóstico incompleto; por la insuficiencia del servicio etc..., unida a la necesidad de urgencia en la asistencia.

3.- Error de diagnóstico

El error de diagnóstico, al igual que la denegación injustificada de asistencia, ha sido considerado por la doctrina de nuestros tribunales un supuesto que posibilita el reintegro de gastos médicos, siempre que ese error se enmarque en una situación de urgencia vital para el beneficiario de la sanidad pública. El punto de partida para el

estudio de estos supuestos se encuentra en la objetivación de un diagnóstico erróneo emitido por los servicios médicos de la sanidad pública, error que se detecta con posterioridad en la sanidad privada y que, en contacto con una situación de urgencia vital, posibilita el reintegro de los gastos ocasionados. Los tribunales de justicia, en una interpretación amplia de la normativa de aplicación incluyen estos supuestos entre los que posibilitan el reembolso de gastos.

A este respecto, el TS se encarga de recordar²⁴, que el reintegro de gastos médicos originados en situación de urgencia y por error de diagnóstico es de creación jurisprudencial, doctrina que se inició en la sentencia de 3 de junio de 1975 (RJ 1975\2691), dictada en recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la ley, y por tanto resuelto con doctrina vinculante, en interpretación del antiguo artículo 73 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad del 20 de marzo de 1948, precepto que indicaba que los beneficiarios del seguro «se servirán únicamente de los Médicos del Seguro y se sujetarán al tratamiento que éstos prescriban a partir del primer reconocimiento. De lo contrario, el seguro no se hará responsable con respecto al asegurado...», sentando la doctrina de que esta obligación ... « lo es en tanto la urgencia del caso clínico, unida a la desatención efectiva del enfermo, o solamente esta última, no imponga a los familiares del mismo y previos los asesoramientos facultativos suficientes el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se ponga en peligro la vida o la curación definitiva del paciente supuestos de excepción muy calificada, en los que los gastos, que el tratamiento particular de emergencia origine, deben correr a cargo del Seguro...».

La sentencia sigue recordando que en la normativa instaurada por el Texto Articulado Primero de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1966\734 y 997) y las disposiciones que la desarrollaban, es decir, en relación con la asistencia sanitaria, el Decreto de 16 de noviembre de 1967 en la redacción primigenia de su artículo 18, regulaba las hipótesis de reintegro por negativa injustificada de la prestación de asistencia debida y el supuesto de utilización de servicios médicos distintos de los asignados requeridos por una asistencia urgente de

²² STSJ Canarias 17 abril 2008 (AS 2008/1440).

²³ STS Castilla León, Valladolid 25 septiembre 2006 (AS 2006/2370).

²⁴ STS 8 noviembre 1999 (RJ 1999/9416).

carácter vital. En la posterior redacción del precepto realizada por el Decreto 2575/1973, del 14 de septiembre, se reguló clarificándolas las hipótesis de reintegro por denegación injustificada de la asistencia, atribuyendo esta decisión a la entidad gestora, mutua patronal o empresa colaboradora y no a sus servicios médicos, manteniendo los mismos supuestos en que es posible el reintegro, es decir, el referido rechazo injustificado y los supuestos de urgencia vital.

Es evidente, dice la Sala Cuarta, que en la literalidad del precepto no se contemplaba el error del diagnóstico, como no ocurría en la regulación anterior, pero no por ello se le excluyó a efectos de imputación de responsabilidad del reintegro, pues la doctrina de esta Sala mantuvo, durante la vigencia de esos Decretos, la que se desprendía de esa Sentencia inicial dictada en el recurso en interés de la ley, es decir, la obligación de reintegro no sólo en la desatención y la urgencia vital ya regulada de manera expresa sino también cuando por la inasistencia o el error se ponía en peligro la curación definitiva del paciente.

Esta responsabilidad ha de predicarse igualmente en la nueva regulación, y ello no sólo porque subsisten las mismas razones que dieron lugar a esa creación de esa doctrina, sino también porque en la nueva norma se contempla esa asistencia sanitaria, e igualmente la protección de la salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, y esa protección en este doble aspecto es la que se desprende de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así pues, en la resolución hasta ahora parcialmente transcrita, el TS lleva a cabo una interpretación de la norma que supera la mera contemplación literal de sus términos, postulando el reintegro de gastos médicos en casos de urgencia vital, si se acredita la existencia de denegación indebida de asistencia, supuesto en el cual incluye los casos de error de diagnóstico.

La normativa actualmente en vigor, como ocurría con la contenida en el RD 63/1995, debe interpretarse sistemáticamente en relación al deber de protección de la salud de los ciudadanos que constitucionalmente incumbe a los poderes públicos, y para que el reembolso de los gastos sea procedente no es preciso, por tanto, que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, pues el con-

cepto de urgencia vital es más amplio, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables, puesto que tal es el alcance de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 15 de la Constitución, correlato ineludible del artículo 43 de la misma. Por tanto, como estableció la citada sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a la que antes me he referido, ha de entenderse que, junto a los supuestos de necesidad inmediata de asistencia se mantienen, en los términos expresados, los de denegación indebida de asistencia, antes analizados, y error de diagnóstico²⁵.

Los tribunales de justicia han ido aplicando la doctrina sobre el error de diagnóstico hasta ahora expuesta, a las diversas situaciones de hecho que les son planteadas, y si bien es cierto que la resolución de cada controversia exige el estudio individual de cada caso, no es menos cierto que para el reconocimiento del derecho al reintegro de gastos en los casos de error de diagnóstico, se exige que el recurso a la asistencia sanitaria privada haya ido precedido de la atención por los servicios públicos; que se constate que no hubo un abandono voluntario de la sanidad pública; que la atención recibida por los servicios sanitarios públicos haya devenido ineficaz para resolver la dolencia; que se confirme que el diagnóstico emitido por estos servicios es erróneo; y que se acredite también la situación de urgencia en la que se encuentra el beneficiario²⁶.

²⁵ STSJ Cantabria 30 octubre 2003 (AS 2004/824).

²⁶ STSJ Madrid 13 marzo 2003 (AS 2004/2854) reconoce el reintegro al demandante tras acudir en tres ocasiones al servicio de urgencia público, constatar la existencia de un diagnóstico erróneo y comprobar que diagnóstico correcto de osteomielitis exige de una intervención inmediata.

STSJ Madrid 22 diciembre 2003 (AS 2004/993), al reclamante se le diagnostica una gripe y padecía una meningitis linfocitaria.

STSJ Valencia 25 septiembre 2000 (AS 2000/4254), en donde el error se encuentra en diagnosticar una peritonitis cuando se padece un adenocarcinoma seroso de alto grado en un ovario.

STSJ Canarias, Las Palmas 30 julio 2004 (JUR 2004/265133), el demandante fue diagnosticado inicialmente de estreñimiento, después de abdominalgia cuando padecía una apendicitis aguda de la que debió ser intervenido de forma inmediata.

Sin la concurrencia de los requisitos hasta ahora mencionados los tribunales han denegado la posibilidad de acceder a la solicitud de reintegro de gastos médicos por acudir a los servicios médicos de la sanidad privada, y así el referido reembolso se ha rechazado en los casos de diagnóstico idéntico y divergencias en el tratamiento sin concurrencia de urgencia vital²⁷, en los de disparidad de criterios asistenciales²⁸, o en los demora de atención especializada en la que no se aprecia urgencia vital²⁹.

Por otro lado, surge la duda de si una vez obtenido el diagnóstico correcto en los servicios médicos asistenciales privados debe volverse a la sanidad pública a fin de que a través de sus servicios se canalice la atención que deba ser dispensada conforme a tal diagnóstico. La valoración de la decisión debe hacerse atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, a la gravedad de la situación, a la urgencia en el tratamiento, a su continuidad en el tiempo, a la contemplación de la posibilidad de cambios de protocolos entre los centros hospitalarios y a la posibilidad de que tratamientos pautados por un profesional no puedan ser inmediatamente asumidos por otros³⁰. Teniendo en cuenta estas circunstancias, un criterio de razonabilidad será determinante para estimar o no la solicitud de reintegro de gastos.

De todos modos, y en relación a los tratamientos posteriores a las intervenciones derivadas de la situación inicial de urgencia, debe dejarse constancia de que no existe urgencia vital cuando se trata, simplemente, de recibir tratamiento rehabilitador y la demora en prestar esa asistencia no consta que ponga en riesgo la vida del afectado, ni su recuperación³¹. La procedencia del reintegro, como sabemos, requiere que exista una necesidad de reci-

bir asistencia sanitaria de forma urgente, inmediata y de carácter vital, lo que no es de apreciar cuando se trata de recibir tratamiento rehabilitador por estar consolidadas ya las secuelas, ya que, en definitiva, la falta de tratamiento rehabilitador no supone necesariamente la urgencia vital³².

4.- Listas de espera

Otra de las cuestiones que habitualmente se plantean ante los tribunales de justicia, es la referente a si el reintegro de gastos es procedente cuando el auxilio a la medicina privada se ha producido como consecuencia de la inclusión del beneficiario en listas de espera de las que se deduce que su atención no se va a producir hasta que transcurra un dilatado periodo de tiempo. En estos casos debe seguirse el mismo criterio que hasta el momento hemos señalado para otros supuestos, es decir, si el enfermo se encuentra en situación de urgencia vital no existe impedimento alguno para que solicite y se le reconozca el reintegro, si el orden de atención atribuido en la lista de espera hace peligrar gravemente la salud del beneficiario³³.

La Sala de lo Social del TS, analizando de forma expresa el supuesto que ahora se contempla, ha manifestado que se presenta de todo razonable asimilar a los supuestos de urgencia vital aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado-, la imposibilidad de atención por la medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias -las llamadas «listas de espera»-, obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado en un plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad. Las afirmaciones efectuadas por el Alto Tribunal, son realizadas con

STSJ La Rioja 17 junio 2010 (rec.137/2010), se reconoce el reintegro tras ser inicialmente diagnosticado de “fiebre de origen desconocido” y sufrir la enfermedad de Hodgkin en estadio IV-B.

²⁷ SSTSJ Navarra 27 marzo 2002 (AS 2002/1524); Cataluña 7 febrero 2002 (AS 2002/1439); Madrid 1 marzo 1995 (AS 1995/1254).

²⁸ STSJ País Vasco 7 noviembre 1994 (AS 1994/4290).

²⁹ STSJ Extremadura 21 mayo 1998 (AS 2387).

³⁰ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (rec. 137/2010)

³¹ STS 23 junio 2008; SSTSJ Asturias 18 diciembre 2009 y 22 noviembre 2006; STSJ Castilla La Mancha 16 octubre 2009.

³² STS 23 junio 2008 (Roj. 4529/2008).

³³ SSTSJ Asturias 20 junio 1997 (AS 1997/2054) y 26 abril 1996 (AS 1996/1255); Castilla La Mancha 17 abril 1996 (AS 1996/2078).

STSJ Madrid 24 octubre 2006 (AS 2007/39), en esta sentencia se reconoce el reintegro en la afirmación de que de no haber optado el actor por la solución privada, corría un auténtico riesgo de que la demora en la intervención quirúrgica a practicar por la institución clínica pública, aunque no demasiado dilatada en teoría y para un caso de otras características, le hubiera supuesto en éste el riesgo real de gangrena.

la cautelar precisión de que la existencia de «lista de espera» -con la consiguiente dilación en la asistencia médica debida- en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centro ajeno a la Seguridad Social, sino que es preciso que concurra igualmente la referida urgencia vital³⁴.

Siendo lo más razonable condicionar en estos casos el reintegro de gastos a la constatación de una situación de urgencia vital, no ha sido esta la línea seguida por todos los tribunales de justicia ya que en ocasiones no ha sido requerida la urgencia para acceder al reintegro³⁵.

5.- Técnicas avanzadas

El reintegro de gastos por acudir a la medicina privada sólo cabe respecto de aquel conjunto de prestaciones propias del Servicio Nacional de Salud. Pues bien, conforme establece el artículo 2.1 del RD 1030/2006, la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias y por tanto, sólo las prestaciones catalogadas podrán ser facilitadas por los servicios públicos y sólo ese tipo de asistencia será susceptible, si concurren el resto de presupuestos, de ser objeto de una posible solicitud de reintegro.

Las prestaciones médicas, como ocurre con las farmacéuticas se rigen por el principio de cobertura íntegra, con las limitaciones o exclusiones establecidas en la ley. Sin embargo, esa cobertura íntegra no es plena³⁶, ya que si bien el sistema se proyecta hacia una asistencia sanitaria que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, incluida la sanidad privada, quedan excluidas de dispensación aquellas técnicas que sólo son accesibles y disponibles en países más avanzados que poseen un nivel científico y un desarrollo técnico superior, pero no aque-

llas otras técnicas que están disponibles en nuestro país aunque se dispensen en clínicas privadas, siempre que se trate de técnicas cuya utilización haya sido aprobada por la Administración Sanitaria.

La sanidad pública viene obligada a prestar aquella asistencia sanitaria respecto de la cual exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas, o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autoválimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento. Y, por el contrario, dicha obligación no puede ser apreciada cuando se trate de prestaciones en las que no concurren las indicadas circunstancias o, cuando se trate de servicios de un especial facultativo (o centro sanitario) sólo accesibles a algunos y no a todo el colectivo al que extiende su protección el sistema sanitario público³⁷.

De esta manera, la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, y el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, no puede estar constituido por la aplicación de medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten³⁸. Por lo expuesto, parece lógico que el reintegro de gastos sólo cubra aquella asistencia contemplada en la cartera de servicios y ello aunque la situación del beneficiario pueda llegar a ser calificada como de urgencia vital³⁹.

³⁷ STS 31 octubre 1988 (RJ 1988\9103).

³⁸ SSTs 31 octubre 1988, 13 octubre 1994 (RJ 1994\8050), 20 diciembre 2001 (RJ 2002\3751) y 25 marzo 2004 (RJ 2004\2048).

³⁹ STSJ La Rioja 7 marzo 2007 (AS 200773332). En esta resolución, la Sala entiende, que el tratamiento recibido por el finado esposo de la actora y del cual se deriva la solicitud de reintegro de gastos, al tratarse, de un tratamiento que, en el ámbito de la sanidad pública se encuentra en fase experimental, no puede dar lugar a que el Servicio Riojano de Salud proceda al reintegro de los gastos del mismo, y ello por derivar de un tratamiento no incluido en el catálogo de prestaciones financiadas por la Seguridad Social y respecto del cual el paciente ha sido suficientemente informado.

STSJ País Vasco 21 marzo 2006 (AS 2006/1678). En el presente caso la cuestión estriba en determinar si procede el reintegro de los gastos causados por la utilización de servicios sanitarios privados en un supuesto de enfermedad muy grave, con muy pocas expectativas de vida en breve plazo, para la que «Osakidetza» disponía de un tratamiento paliativo, en tan-

³⁴ STS 4 abril 2007 (RJ 2008/694).

³⁵ STSJ Murcia 17 abril 2007 (AS 2000/1038).

³⁶ SSTs 31 octubre 1988 (RJ 1988\9103), 14 abril 1993 (RJ 1993\3338), 13 octubre 1994 (RJ 1994\8050), 30 noviembre 1994 (RJ 1994\9724), 8 febrero 1995 (RJ 1995\788), 21 diciembre 1995 (RJ 1996\3183), 8 marzo 1996 (RJ 1996\1979), 26 abril 1996 (RJ 1996\3616), y 20 diciembre 2001 (RJ 2002\3751).

El sistema público de protección social no está, por tanto, obligado a ofrecer a sus afiliados cualquier técnica a la que recurra la ciencia médica para tratar las diversas dolencias que padecen, sino únicamente aquéllas que sean adecuadas para conseguir el fin que pretende la intervención médica,

to que en algunos centros sanitarios privados estaban practicando una técnica curativa, cuya eficiencia no se halla totalmente contrastada.

A este respecto también es interesante analizar los razonamientos dados por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 17 de julio de 2007, dictada en Sala General, en donde se resuelve el supuesto de un paciente afectado de cáncer de pulmón con metástasis cerebral que requería de un tratamiento que no podía dispensarse por la sanidad pública. Según la sentencia, "no podemos estimar que estamos ante un caso de urgencia vital porque no estamos ante un caso en el que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cual evidencia el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, la personación en una clínica privada (dos días) y la intervención en esta (ocho días). Además la doctrina de esta Sala sentada por las sentencias de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996\7496) (Rec. 109/96), 25 de octubre de 1999 (RJ 1999\7835) (Rec. 760/99) y las que en ellas se citan, viene entendiendo que la necesidad de asistencia urgente, a estos efectos, se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la sanidad pública. Por ello, en el presente caso el problema no es decidir sobre la existencia de urgencia vital, sino sobre el carácter debido, o no, de la asistencia solicitada, ya que, como el beneficiario venía recibiendo asistencia de la sanidad pública, donde no se disponía de la técnica que se le aplicó en la sanidad privada, la cuestión es determinar si la sanidad pública venía obligada a prestarle asistencia empleando esa técnica más moderna y avanzada. La respuesta debe ser negativa, pues, no consta que esa nueva técnica hubiese sido aprobada por la Administración Estatal, cual requieren el artículo 109 de la Ley 14/1986 y la Adicional Primera del Real Decreto 63/95, ni, lo que es peor, se ha acreditado la solvencia científica de esa nueva técnica, su seguridad y eficacia, en orden a la prevención, tratamiento o curación de la enfermedad, como era exigible, según se deriva de interpretar en sentido contrario el artículo 2-3 del Real Decreto 63/95. La falta de acreditación de esos datos, así como del relativo a si esa técnica estaba disponible, o no, en los hospitales dependientes de otras Comunidades Autónomas, nos impide estimar que, conforme a los preceptos y jurisprudencia antes citados, estemos ante un caso de asistencia debida. No debemos olvidar que esta Sala en sentencias de 31 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1994 (RJ 1994\8050) (Rec. 1141/94), 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002\3751) (Rec. 1661/01) y 25 de marzo de 2004 (RJ 2004\2048) (Rec. 1737/03), ha señalado, como se dice en la última sentencia citada, que "la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten".

excluyendo aquéllos tratamientos que tengan un carácter experimental, que no ofrezcan resultados definitivos, o en los que exista una manifiesta desproporción entre los medios empleados y los resultados obtenidos. La Seguridad Social Pública no está obligada nada más que a ofrecer las atenciones posibles con los medios técnicos de que dispone, sin que sea posible la atención sobre técnicas avanzadas o de coste excesivo⁴⁰.

Así, el reintegro se ha denegado en los casos de tratamientos experimentales; de cirugías para el cambio de sexo; de aplicación de terapias fotodinámicas⁴¹; de cáncer; de desintoxicación toxicológica o etílica; de diagnóstico preimplantacional⁴²; de fecundación artificial⁴³; fecundación "in vitro" con implantación de ovocitos donados⁴⁴; de reproducción asistida⁴⁵ etc..., denegándose también en aquellos supuestos en los que el recurso a los servicios sanitarios privados y la utilización de técnicas no incluidas en la cartera de servicios, responde al deseo del paciente de no contrariar sus creencias religiosas, pues el Estado ni tiene por qué financiar las consecuencias exigidas por las creencias religiosas salvo que afecten al interés general, ni el contenido de la asistencia sanitaria puede ampliarse en función de la invocación de convicciones de esa naturaleza⁴⁶.

⁴⁰ STSJ Andalucía Sevilla 8 mayo 2008 (AS 2009/1263)

⁴¹ STSJ Aragón 31 mayo 2006 (AS 2006/2851).

⁴² STSJ Andalucía Sevilla 8 mayo 2008 (AS 2009/1263).

En este caso, La actora y su cónyuge decidieron tener otro hijo al objeto de practicar un trasplante de médula, por lo que en Enero del 2.005 fueron sometidos en el Instituto Valenciano de Infertilidad a técnicas de reproducción asistida. Existiendo probabilidades de que un segundo hijo tuviera la enfermedad, el 24 enero 2005 en el Servicio de Hematología del Hospital "Reina Sofía" le recomendaron la realización de un diagnóstico preimplantacional en el embrión, mediante una técnica denominada "diagnóstico genético preimplantatorio". Dicha técnica se realiza en un Centro Médico de Bruselas donde acudieron la actora y su cónyuge en Junio del 2.005, aunque por problemas técnico médicos y debido a la larga lista de espera, no se les realizó el diagnóstico, decidiendo trasladarse a Chicago en Febrero del 2.006 donde sí se realizó el diagnóstico, produciéndose más tarde una fecundación que ha resultado infructuosa."

⁴³ STSJ País Vasco 10 abril 2001 (AS 2001/2097). Se deniega el reintegro por no existir urgencia vital y por ser precisa la utilización de tecnologías punta.

⁴⁴ STSJ Castilla La Mancha 1 junio 2006 (AS 2006/3022)

⁴⁵ STSJ Andalucía Granada 26 febrero 2001 (AS 2001/2403).

⁴⁶ STS 25 junio 2009 (ROJ 4926/2009); STSJ Madrid 9 junio 2008 (AS 2008/1759). Como se expresa esta sentencia, la asistencia sanitaria exigible a nuestro Sistema Público de

De todos modos, no siempre los tribunales de justicia han reaccionado de un modo uniforme ante la solicitud de reintegro de gastos por recibir una asistencia no incluida en la cartera de servicios públicos, admitiendo en determinadas ocasiones ese reembolso cuando el acceso a los servicios de la medicina privada ha sido precedido de una prescripción expresa en ese sentido por parte de los propios facultativos de la sanidad pública, o cuando los servicios descritos en la cartera no se encuentran adecuadamente delimitados.

IV.- COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTOS ASUNTOS

El artículo 2.e) Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, según el cual este orden jurisdiccional tiene atribuido el conocimiento de los litigios sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, “no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”, introdujo una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden Social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos por asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud.

Los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en virtud del artículo 2.b) de la

Salud es aquella que atiende a la satisfacción de su finalidad de protección de la salud a partir de criterios y procedimientos de actuación basados en la "lex artis" que cada caso demanda, habida cuenta el conocimiento científico y el desarrollo tecnológico posible y/o exigible. Esa es la prestación asistencial médica que tiene cabida en el modelo constitucional del Estado aconfesional (artículo 16.3 de la Constitución [RCL 1978\2836]). Y esa es la prestación asistencial que el Hospital Puerta de Hierro brindó a la actora, de la que decidió apartarse voluntariamente por su credo religioso. Ha quedado acreditado que la resección quirúrgica colonorrectal constituye una intervención de la que deriva una elevada probabilidad de aparición de cuadros hemorrágicos y que la eventual práctica de transfusiones sanguíneas para el abordaje de esos cuadros constituye un procedimiento o protocolo de actuación acomodado a la "lex artis"; por consiguiente, en tales circunstancias, ni la actora puede exigir que se habilitara un centro del Sistema Nacional de Salud que aceptase realizar la intervención en las condiciones exigidas por la actora, ni puede pretender que dicho sistema asuma el coste de la intervención médica llevada a cabo en un centro privado.

Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción, correspondiendo, en cambio, al orden contencioso-administrativo, en virtud del artículo 2.e. de la LJCA, antes mencionado, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario⁴⁷.

De este modo, el reintegro de los gastos ocasionados por una errónea asistencia, error de diagnóstico o una injustificada demora en la asistencia sanitaria, sin otras implicaciones, no es una acción comprendida en el desarrollo del ámbito protector del sistema de la Seguridad Social, sino un supuesto de responsabilidad de la Administración por mal funcionamiento de sus servicios, y la demanda exigiendo tal responsabilidad habría de dilucidarse, en su caso, ante el orden contencioso-administrativo⁴⁸.

Así pues, sólo debe acudirse a los órganos jurisdiccionales del orden social, si el que reclama el reembolso basa su solicitud en la existencia de urgencia vital al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.3 del RD 1030/2006, debiéndose acudir a la jurisdicción contenciosa si como causa de la reclamación no se invoca tal urgencia y sí de forma exclusiva, la existencia de un error en el diagnósti-

⁴⁷ STSJ Extremadura 12 febrero 2009 (JUR 2009/178561); STS 25 noviembre 2003.

⁴⁸ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (ROJ 517/2010); STSJ 18 noviembre 2009 (AS 2010/424). STSJ Extremadura 16 mayo 2008 (AS/2279). Se dice en esta sentencia que, en efecto, no podemos estimar que estamos ante un caso de urgencia vital porque no nos encontramos ante un caso en el que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cual evidencia el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, la personación en una clínica privada (dos días) y la intervención en esta (ocho días). Además la doctrina de esta Sala, sentada por las sentencias de 7 de octubre de 1996 (Rec. 109/96 [RJ 1996\7496]), 25 de octubre de 1999 (Rec. 760/99 [RJ 1999\7835]) y las que en ellas se citan, viene entendiendo que la necesidad de asistencia urgente, a estos efectos, se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la sanidad pública.

co, de un retraso en la atención, de la existencia de listas de espera dilatadas en el tiempo etc...⁴⁹

El problema nuevamente surge cuando el error en el diagnóstico o la denegación injustificada de asistencia no se presentan en la realidad como una circunstancia aislada, sino como causa de una situación vital encuadrable en los casos de urgencia que posibilitan el reembolso de gastos. En estos casos, considero que el anómalo funcionamiento del sistema sanitario permitiría deducir la acción de reintegro ante los tribunales del orden social al ser la urgencia vital la causa última y eficaz de la solicitud⁵⁰.

⁴⁹ STSJ Andalucía Granada 29 octubre 2008 (AS 2009/184). En esta sentencia, el tribunal afirma que, como quiera que en el presente caso no nos encontramos ante un caso de los que atraen esta Jurisdicción Social, "urgencia vital", caracterizada, como es sabido, por cuatro Requisitos, dos positivos, urgencia inmediata y de carácter vital, y otros dos negativos, imposibilidad de utilizar los servicios de la sanidad pública y que no sea una utilización abusiva de la excepción, acudir a la Medicina privada, se está en el caso de la incompetencia Social en el supuesto enjuiciado, lo que está en armonía con lo ya resuelto en la S.T. Supremo dicha, y las de esta Sala de Granada dictadas en los Recursos 1929/06 (JUR 2007\180922) y 1990/06 (JUR 2007\180512), 3259/06 (JUR 2008\26836) y 56/08 (JUR 2009\19126), por lo que y oído el Ministerio Fiscal, procede, dejando imprejuizado el fondo del proceso, declarar la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer del proceso al que este Recurso se refiere.

STSJ Madrid 12 febrero 2010 (JUR 2010/124206); STSJ Extremadura 22 julio 2010 (ROJ 1469/2010)

⁵⁰ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (ROJ 517/2010).